

PROCESSO - A. I. N° 03009480/95
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.
RECORRIDOS - BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0385/01
ORIGEM - INFAS SANTO AMARO
INTERNET - 26/09/02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0363-11/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. De acordo com a legislação da época, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na qualidade de contribuinte substituto, mediante a antecipação do imposto na operação ou operações subsequentes, é do distribuidor de combustíveis líquidos e gasosos. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/05/95, exige ICMS no valor de R\$2.152.793,45, em razão de não efetuar a retenção na fonte, na qualidade de contribuinte substituto, quando das transferências para as suas filiais varejistas de gás de cozinha para comercialização neste Estado conforme preceitua o art. 19, V, do RICMS/89.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 877 a 892 dos autos impugnou o lançamento fiscal alegando que os autuantes procederam a presente autuação, por entenderem que o Defendente, na condição de contribuinte substituto, deveria efetuar a retenção do ICMS, quando da transferência de GLP entre estabelecimentos de titularidade da mesma dentro do Estado da Bahia, o qual em sua opinião não deve prosperar. É que no caso vertente, o estabelecimento localizado em São Francisco do Conde transfere o GLP, para os estabelecimentos localizados em Ilhéus, Salvador e Juazeiro, os quais são responsáveis pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação ao mesmo produto, quando das vendas para os representantes e consumidores finais dentro do Estado da Bahia, como faz prova as xerocópias dos DAEs (docs. de 2 a 232), não ocasionando, portanto, qualquer prejuízo aos cofres públicos, uma vez que o ICMS foi devidamente recolhido. Frisa que, por tratar-se de operação de transferência de GLP entre estabelecimentos filiais, está patente que a retenção e recolhimento do ICMS efetuados no período mencionado no presente Auto de Infração, se deu em consonância com o disposto no art. 19, V, do RICMS, cujo teor transcreveu, além da sua alínea “a”, em apoio ao alegado.

Prosseguindo em sua defesa, diz que o seu estabelecimento localizado em São Francisco do Conde também efetua vendas a representantes e consumidores finais, ou seja, é também aquilo que os Srs. Fiscais denominaram de “filial varejista”. Ressalta que procede a retenção na fonte, na qualidade de contribuinte substituto, somente quando do ato da venda, considerando a diferença encontrada entre o valor da venda da distribuidora e o valor de venda do produto ao consumidor final. Esclarece que o art. 19, V, “a”, do RICMS/BA., ao atribuir a condição de contribuinte substituto do ICMS incidente nas operações de venda de gás, refere-se expressamente ao distribuidor de combustíveis gasosos, o que não alcança as operações realizadas entre estabelecimentos de uma única distribuidora, razão pela qual não há que se falar em recolhimento do tributo no ato da transferência, cujo tributo será retido e recolhido apenas e

tão somente quando da venda a representante ou a consumidor final. Diz que a exigência fiscal é absolutamente insubstancial e requer que seja julgada procedente a presente defesa.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal de fls. 1135 a 1136 dos autos esclareceram quanto à alegação do autuado de que o ICMS seria pago pelas suas filiais varejistas é inverídica, pois conforme levantamento quantitativo efetuado na filial Salvador pelos Auditores Fiscais Olavo J. G. Oliva e Nívea Lacerda da Silva, apenas no exercício de 1994, foi constatada uma omissão de saídas de 1.184.398 KG de GLP, conforme termo de encerramento de fiscalização acompanhados dos devidos demonstrativos que fazem parte integrante e inseparável desta informação fiscal. Desse modo, fica comprovado que o autuado não efetua a retenção quando de suas transferências para suas filiais varejistas na intenção de sonegação fiscal nas suas filiais, o que não ocorreria se a retenção fosse efetuada na matriz conforme previsto no art. 19, V, do RICMS/89. Entendem que se todos os contribuintes fossem alegar que o pagamento do imposto seria feito pelas filiais, quando de suas vendas, deixando assim de cumprir a legislação, haveria uma generalizada desobediência fiscal e que a falta de retenção pela matriz, é um artifício para pagar menos impostos conforme ficou demonstrado no levantamento efetuado apenas em um exercício de uma filial.

Ao finalizarem, confiam que o Colendo Conselho de Fazenda julgue procedente o Auto de Infração.

A PROFAZ em despacho à fl. 1287 converteu o PAF em diligência ao DICO, para proceder revisão fiscal, considerando as alegações da defesa e a juntada de novos elementos pelo autuante e para que informasse as atividades do autuado.

Cumprida a diligência às fls. 1288 a 1290, o Auditor Fiscal designado, fez, inicialmente, um relato da autuação, da defesa, da informação fiscal e da diligência requerida. Em seguida, após examinar os diversos documentos anexados ao PAF pelos autuantes e das notas fiscais de saídas entregues pelo autuado, informou o seguinte:

1. que o autuado efetuou regularmente a antecipação tributária do ICMS referente ao GLP (Gás Liquefeito de Petróleo) ou gás de cozinha, como é popularmente conhecido, quando das vendas para representantes, conforme fotocópias de diversas notas fiscais anexadas às folhas 1291 a 1350;
2. que o autuado efetua vendas a consumidores finais e a representantes da sua região, além de transferências para as filiais localizadas nas cidades de Ilhéus, Salvador e Juazeiro, sendo que nas transferências não foi feita a antecipação do ICMS, sob alegação de que agiu de acordo com o que estabelece o art. 19, V, do RICMS;
3. sobre as atividades exercidas pelo autuado, constatou que a atividade econômica registrada no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ é o de comércio varejista de gás liquefeito de petróleo, enquanto no cadastro geral de contribuintes do Ministério da Fazenda, é de comércio atacadista de combustíveis e lubrificantes. Conclui a informação esclarecendo que em verdade, o autuado além de efetuar transferências para filiais, comercializa o produto para representantes e consumidores finais.

Ao retornar a PROFAZ, o PAF foi novamente convertido em diligência ao DICO conforme despacho à fl. 1353, a fim de ser verificado, por amostragem, se a filial do autuado em Salvador reteve o ICMS na fonte ao vender o produto e se houve o recolhimento do ICMS retido e do normal.

O Auditor Fiscal designado pelo DICO, após efetuar as verificações necessárias, na forma solicitada pela PROFAZ, informou que o estabelecimento situado em Salvador efetuava a retenção

do imposto na fonte, por substituição tributária, apenas nas operações com os chamados representantes, as quais eram de pouca representatividade em relação ao seu faturamento mensal. As demais operações, vendas para indústrias, empresas em geral, condomínios e outros clientes, saíram com tributação normal. Informou ainda que, em anexo, faz a juntada de um demonstrativo analítico, através do qual, verifica-se, mês a mês, o valor da base de cálculo do imposto nas operações com tributação normal e o imposto recolhido, bem como a mesma situação em relação às operações efetivadas com o ICMS retido na fonte, onde se constata a pouca relevância destas operações em relação às vendas com tributação normal, isto é, sem retenção do imposto na fonte.

Em despacho à fl. 1378, a PROFAZ encaminhou o PAF ao GEPET do DAT para tomar ciência do resultado da diligência e informar, o que foi cumprido às fls. 1379 a 1380. Em sua manifestação, o Gerente da unidade, após fazer um relato dos fatos que ensejaram a presente autuação, das alegações defensivas e da informação fiscal prestada pelos autuantes e do seu desdobramento, em razão das diligências solicitadas, sugeriu, ao final, que fosse abatido do valor autuado as parcelas referentes à antecipação tributária e do imposto normal que porventura as filiais recolheram ao Estado nos períodos fiscalizados. Salienta que tal providência somente fosse adotada, após a realização de diligência em todas as filiais envolvidas e a sua verificação no SIDAT da SEFAZ.

A PROFAZ em despacho à fl. 1381 dos autos, acatando a manifestação da GEPET, sugeriu a realização de diligência em todas as filiais do autuado, no sentido de se levantar os valores efetivamente recolhidos aos Cofres do Estado, referentes à antecipação tributária e o imposto normal, nos períodos objeto da ação fiscal.

Cumprida a diligência de fls. 1385 a 1386, o Auditor Fiscal designado, após intimar o contribuinte para apresentar os Livros Registros de Apuração do ICMS e dos DAES relativos aos recolhimentos do ICMS normal e do substituto das filiais localizadas nos municípios de Salvador, Juazeiro e Ilhéus, referentes ao período de janeiro/90 a dezembro/94, elaborou o Anexo 2 (fls. 1388 a 1393), além de prestar outras informações acerca da metodologia utilizada para a consecução da referida diligência. Esclareceu que no referido anexo, constam os valores pagos de ICMS normal e de substituição tributária na três filiais, bem como a diferença entre as parcelas pagas pelas filiais e os valores autuados na presente ação fiscal. Ao concluir a sua informação, sugere que o processo seja encaminhado a GEARC para conferir se houve o pagamento pela filial de Ilhéus dos valores do ICMS normal referentes ao período de jan/90 a nov/92, que foram encontrados no Livro de Apuração do ICMS e utilizados no anexo 02, bem como indicar quais os valores pagos por essa mesma filial referente à substituição tributária entre jan/90 e dez/91, para que possam ser também abatidos dos valores autuados.

O CONSEF em despacho à fl. 1513, encaminhou o PAF a INFRAZ Santo Amaro para dar ciência ao autuado do resultado da diligência da IFESP, o que foi cumprido conforme intimação à fl. 1514.

Em nova manifestação às fls. 1517 a 1521, o autuado fez, inicialmente, um relato dos fatos sobre a autuação e da sua defesa administrativa e das diligências realizadas nos meses de julho e dezembro/2000, oportunidade em que discordou da sugestão do último diligente, para que fosse verificados os documentos da sua filial de Ilhéus, no período de 1990 a 1992, por entender que a mesma é equivocada para o julgador. Ressalta que no caso em tela, o que está sendo discutido é a incidência do ICMS sobre operações de transferências entre estabelecimentos filiais da Defendente e não o regular recolhimento do imposto pelos estabelecimentos filiais de Ilhéus, Salvador e Juazeiro. Assevera que a transferência de produtos entre estabelecimentos filiais da mesma empresa não caracteriza qualquer evento ou fato que gere o pagamento/destaque do ICMS. Ressalva que o ICMS só é devido na ocorrência do comércio do produto, quando ocorrer a mercância, situação inexistente nos fatos apontados pelo Sr. Agente Fiscal. Quanto ao relatório

da diligência, em que foi sugerida a verificação de documentos do estabelecimento filial de Ilhéus, para comprovação do pagamento do ICMS é impertinente, pois o julgamento da presente autuação deve se ater aos fatos apontados, ou seja, transferências de produtos entre filiais da mesma empresa.

Ao finalizar, requer que o ilustre julgador considere, na sua Decisão, a análise sobre a incidência do ICMS nas transferências de produtos entre estabelecimentos filiais da Defendente, o que acarretará em julgamento pela insubsistência da presente autuação.

O CONSEF em despacho à fl. 1543v, encaminhou o PAF a INFRAZ-Santo Amaro, para que os autuantes, querendo, se pronunciassem acerca da manifestação do autuado, o que não foi cumprido, em razão dos prepostos fiscais não estarem mais lotados na referida inspetoria.

VOTO DO RELATOR DA 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“O fundamento da autuação foi em razão do autuado deixar de efetuar a retenção na fonte do ICMS na qualidade de contribuinte substituto, nas transferências para suas filiais varejistas de gás de cozinha para comercialização neste Estado, conforme preceitua o art. 19, V, do RICMS/89.

Após várias intervenções, quer da PROFAZ, do DICO e de outras unidades da SEFAZ, o PAF foi encaminhado a esta Junta para o seu julgamento.

Prestadas as informações acima e após o exame dos elementos que compõem o presente processo, cheguei as seguintes conclusões:

I – consoante alegado pela defesa, a controvérsia reside no fato do contribuinte (filial atacadista de gás liquefeito de petróleo), está obrigada ou não a efetuar a retenção do imposto nas transferências para as suas filiais localizadas neste Estado, já que tal mercadoria está enquadrada no regime de substituição tributária.

Sobre o assunto, vejamos o que diz o art. 19, I, do RICMS/89, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 19 - São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na qualidade de contribuinte substitutos, mediante a antecipação do imposto devido na operação ou operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

V – nas operações com combustíveis e lubrificantes:

a) o distribuidor de combustíveis líquidos e gasosos, inclusive álcool caburante.

II – da leitura do dispositivo acima, verifica-se que o legislador ao consignar o termo “a serem realizadas pelos adquirentes” não se preocupou em detalhar a modalidade das operações, ou seja, se decorrente de venda ou de transferência, razão pela qual entendo que, mesmo na hipótese de transferência, o ICMS por substituição tributária, na qualidade de contribuinte substituto, é de responsabilidade do autuado, uma vez que comercializa a mercadoria com a marca Brasilgás, o que o caracteriza como um distribuidor. Aliado a este fato, o autuado não se enquadra nas hipóteses do art. 20, do RICMS/89, que prevê os casos em que não se fará a retenção do ICMS por substituição tributária;

III – quanto à alegação do autuado de que o tributo será retido e recolhido quando da venda a representante ou a consumidor final, não procede. Consoante o resultado da diligência realizada pelo DICO, por solicitação da PROFAZ, no estabelecimento do autuado situado em Salvador, foi constatado que o mesmo efetuava a retenção do imposto na fonte, por substituição tributária, apenas nas operações com os chamados representantes, as quais eram de pouca relevância em

relação ao seu faturamento mensal. No tocante as demais operações (vendas para indústrias, empresas em geral, condomínios e outros clientes), o Auditor Fiscal diligente informou que saíram com tributação normal, oportunidade em que anexou um demonstrativo analítico, através do qual, constata-se, mês a mês, o valor da base de cálculo do imposto nas operações com tributação normal e o imposto recolhido, bem como a mesma situação em relação às operações efetivadas com o ICMS retido na fonte, onde se observa a pouca relevância destas operações em comparação às vendas com tributação normal, ou seja, sem a retenção do imposto na fonte. Além da constatação acima, os autuantes ao procederem à contestação às razões de defesa, informaram que o estabelecimento do autuado situado em Salvador foi objeto de Auditoria de Estoque no exercício de 1994, onde foi apurada pela fiscalização uma omissão de saída de gás liquefeito de petróleo, o que comprova, extreme de dúvidas, o procedimento irregular do autuado, objetivando não recolher o imposto por substituição tributária, nas transferências efetivadas para as suas filiais. Desse modo, considero correto o procedimento fiscal. Entretanto, como restou comprovado nos autos através da diligência de fls 1385 e 1386, que o autuado embora de forma irregular recolheu parcialmente o ICMS normal e o retido na fonte relativo ao período objeto desta ação fiscal quando das saídas do produto pelas outras filiais, entendo que tais recolhimentos devem ser deduzidos dos valores cobrados na presente autuação. Tal entendimento tem como suporte o art. 21 do RICMS/89, que ao dispor que ocorrida a substituição tributária, fica encerrada a fase de tributação sobre as respectivas mercadorias, nas operações internas subseqüentes, sendo vedada a utilização de crédito fiscal pelo adquirente das mesmas, salvo exceções expressas;

IV – Ressalvo, que o entendimento acima, é para que não venha a ser alegado pelo contribuinte a ocorrência de bi-tributação sobre as mesmas operações.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$328.048,37 conforme discriminação a seguir:

Ocorrência	Vencimento	Imposto cobrado	Imposto recolhido	Dif. a recolher	% de multa
28/02/90	09/03/90	1,39	1,04	0,35	60%
31/03/90	09/04/90	3,30	3,02	0,28	60%
30/04/90	09/05/90	3,98	3,83	0,15	60%
31/05/90	09/06/90	4,79	3,10	1,69	60%
30/06/90	09/07/90	4,55	4,10	0,45	60%
31/08/90	09/09/90	6,17	5,06	1,11	60%
31/10/90	09/11/90	6,34	11,62	-o-	-
30/11/90	09/12/90	11,18	7,31	3,87	60%
31/12/90	09/01/91	13,13	9,18	3,95	60%
31/01/91	09/02/91	15,08	11,68	3,40	60%
28/02/91	09/03/91	16,93	12,96	3,97	60%
31/03/91	09/04/91	10,66	12,88	-o-	-
30/04/91	09/05/91	14,65	13,55	1,10	60%
30/06/91	09/07/91	53,65	19,96	33,69	60%
31/08/91	09/09/91	21,24	23,23	-o-	-
30/09/91	09/10/91	22,19	26,58	-o-	-
31/10/91	09/11/91	40,00	44,95	-o-	-
30/11/91	09/12/91	48,02	50,81	-o-	-
31/12/91	09/01/92	68,57	79,91	-o-	-
31/01/92	09/02/92	67,41	79,50	-o-	-
28/02/92	09/03/92	96,78	94,12	2,66	60%
31/03/92	09/04/92	124,85	98,69	26,16	60%
30/04/92	09/05/92	133,07	133,85	-o-	-
31/05/92	09/06/92	200,68	142,88	57,80	60%
30/06/92	09/07/92	242,86	222,02	20,84	60%
31/07/92	09/08/92	340,71	473,96	-o-	-
31/08/92	09/09/92	387,15	352,63	34,52	60%

31/09/92	09/10/92	448,77	400,57	48,20	60%
31/10/92	09/11/92	623,72	523,19	100,53	60%
30/11/92	09/12/92	624,12	598,72	25,40	60%
31/12/92	09/01/93	754,76	747,82	6,94	60%
31/01/93	09/02/93	939,76	850,45	89,31	60%
28/02/93	09/03/93	1.115,00	962,56	152,44	60%
31/03/93	09/04/93	1.522,34	1.607,84	-0-	-
30/04/93	09/05/93	2.022,96	1.510,84	512,12	60%
31/05/93	09/06/93	2.770,29	2.032,98	737,31	60%
30/06/93	09/07/93	3.760,77	2.988,54	772,23	60%
31/07/93	09/08/93	5.244,06	4.203,24	1.040,83	60%
31/08/93	09/09/93	6.966,79	5.726,48	1.240,31	60%
30/09/93	09/10/93	9.172,68	7.551,33	1.621,35	60%
31/10/93	09/11/93	12.971,67	10.120,48	2.851,19	60%
30/11/93	09/12/93	20.696,04	12.607,45	8.088,59	60%
31/12/93	09/01/94	26.110,12	17.879,21	8.230,91	60%
31/01/94	09/02/94	38.968,87	19.787,53	19.181,34	60%
28/02/94	09/03/94	42.007,51	31.602,90	10.404,61	60%
31/03/94	09/04/94	58.723,92	49.265,61	9.458,31	60%
30/04/94	09/05/94	98.429,50	70.937,16	27.492,34	60%
31/05/94	09/06/94	156.343,76	90.884,48	65.459,28	60%
30/06/94	09/07/94	206.848,26	193.930,80	12.917,46	60%
31/07/94	09/08/94	287.316,89	252.880,28	34.436,61	60%
31/08/94	09/09/94	288.554,12	265.369,95	23.184,17	60%
30/09/94	09/10/94	284.443,79	250.678,84	33.764,95	60%
31/10/94	09/11/94	300.629,75	274.100,02	26.529,73	60%
30/11/94	09/12/94	287.715,68	248.209,76	39.505,92	60%
31/12/94	09/01/95	5.108,22	14.285,82	-0-	-
		Total 328.048,37"			

RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO

Recurso de Ofício - dado aos termos dispostos no Art. 17, do Decreto nº 6.463/97, c/c com o Art. 145, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, o presente processo foi encaminhado como Recurso de Ofício para esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, com o fito de ser analisado e julgado a fim de ser homologado ou não a Decisão Recorrida do Acórdão nº 4ª JJF 0385/01, em que o Estado da Bahia foi sucubente em parte.

Recurso Voluntário – a empresa devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 0385/01 pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte inconformado impetrou o presente Recurso Voluntário, argüindo:

Que no mês de maio de 1995, o Agente Fiscal lavrou o Auto de Infração em contraditório , por entender que o estabelecimento filial do recorrente, situado no Município de São Francisco do Conde/BA, deixou de efetuar a retenção do ICMS, na qualidade de contribuinte substituto, nas transferências de produtos para os estabelecimentos filiais do próprio Recorrente, nas Cidades de Ilhéus/BA, Salvador/BA e Juazeiro/BA, no período compreendido entre 1991 e 1994.

Dessa forma, o Agente Fiscal imputou ao Recorrente o pagamento de crédito tributário no valor de R\$ 2.152.793,45.

A autuação supramencionada não deve prosperar, uma vez que os fatos apontados pelos Srs. Agentes Fiscais não podem configurar infração à legislação vigente, quais sejam, as transferências de produtos entre estabelecimentos filiais não pode gerar a obrigação de recolher ICMS, consoante os fundamentos demonstrados abaixo:

DILIGÊNCIA FISCAL

Diante da importância imputada ao recorrente para pagamento à Fazenda do Estado da Bahia e diante das irrefutáveis afirmações apontadas na defesa administrativa, foram realizadas diligências fiscais nos estabelecimentos filiais do Recorrente situados nas Cidades de Ilhéus, Salvador e Juazeiro/BA, os quais receberam os produtos do estabelecimento filial autuado.

Tal diligência foi realizada para apurar o regular recolhimento de ICMS pelos referidos estabelecimentos filiais e confrontar tais números com as transferências realizadas pelo estabelecimento filial autuado.

No mês de dezembro de 2.000, o recorrente tomou ciência do relatório conclusivo acerca da diligência realizada, que apresentou vários relatos acerca dos documentos apresentados, alegando em síntese que os estabelecimentos filiais de Ilhéus, Salvador e Juazeiro recolheram regularmente o ICMS, porém em alguns casos na forma de “Regime Periódico de Apuração” e outras casos na qualidade de “Contribuinte Substituto”, porém, não conseguindo afirmar, de forma “categórica”, se ocorreu a denominada “elisão fiscal”.

Com base nessas informações, a 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF exarou Decisão julgando procedente em parte a autuação e intimando o Recorrente ao pagamento de R\$328.048,37, acrescidos de 60% do montante, à título de multa.

Entretanto, a Decisão retromencionada merece reparos, uma vez que nem todas as afirmações estão amparadas na lei. Conforme passa a expor:

- a) a controvérsia da autuação reside na obrigação do contribuinte pagar ou não ICMS, na qualidade de contribuinte substituto, quando da transferência entre filiais localizadas dentro do Estado da Bahia;
- b) que o inciso I, do artigo 19, do RICMS determina as pessoas que são responsáveis pelo recolhimento do imposto, na qualidade de contribuinte substituto, nas operações com combustíveis e lubrificantes;
- c) o referido dispositivo legal não informa à que título as operações, devem ser realizadas, para que ocorra a tributação de ICMS, razão pela qual entende a 4^a JJF que na transferência de produtos entre filiais seria necessária tributação;
- d) foram efetuados recolhimentos de ICMS pelo recorrente, tanto pelo “Regime Periódico de Apuração” e na qualidade de “Contribuinte Substituto”, pelas filiais de São Francisco do Conde/BA, esse autuado, Ilhéus, Salvador e Juazeiro/BA, motivo pelo qual a 4^a JJF entendeu por bem que o valor autuado deveria ser reduzido, consoante as comprovações de recolhimento do imposto pelos estabelecimentos citados;
- e) ao final, julgou parcialmente procedente o pedido, impondo ao recorrente o pagamento de imposto no valor já citado anteriormente.

Pelos fatos narrados observa-se que houve transferências entre estabelecimentos filiais do Recorrente. Entende o contribuinte que não há incidência de ICMS na transferência entre estabelecimentos filiais.

Observa dos autos que não houve nas operações do recorrente qualquer operação mercantil, não existiu qualquer troca de valor entre as partes, seja prestação e contraprestação, motivo pelo qual não existiu comércio entre os estabelecimentos.

Dessa forma, fica demonstrada que a autuação versa, tão somente, sobre transferência de produtos entre estabelecimentos filiais do Recorrente e que essas operações não ensejam o recolhimento de ICMS, consoante as condições descritas na autuação, a qual deverá ser julgada insubsistente por esse Conselho de Fazenda.

Encerra pedindo a reforma parcialmente da Decisão da 4ª JJF, com o cancelamento da imposição de pagamento de imposto no montante de R\$328.048,37 e multa de 60% sobre o valor total, bem como o CONSEF torne insubsistente, em sua totalidade o Auto de Infração guerreado, desconsiderando qualquer pagamento de imposto ou multa sobre o valor devido.

A PROFAZ forneceu Parecer de nº 484/01, no seguinte teor:

“Através da peça recursal o autuado expõe tese de que a transferência entre estabelecimentos filiais não há a incidência de ICMS, haja vista a falta de mercância, e troca de titularidade em relação às mercadorias transferidas. Requer ao fim, a improcedência do Auto de Infração.

O entendimento exposto pelo recorrente demonstra uma interpretação equivocada do fato gerador do ICMS, pois, o art. 155, II, da CF/88, indica como um dos critérios materiais da norma de incidência tributária do ICMS a circulação de mercadoria, sem qualquer menção à exigibilidade de mercadoria.

Efetivamente, as operações praticadas pelo recorrente se enquadram no quanto expresso no art. 19, V, do RICMS/89, não tendo sido observado pelo autuado.

Nesse passo, não há como ser alterado o julgado impugnado por falta de razão fática ou jurídica que justifique a perseguida improcedência do Auto de Infração”.

Em 24/07/02, o processo foi pautado para julgamento, ainda na leitura do relatório a Conselheira Sandra Urânia, solicitou e obteve vista do mesmo. Em 31/07/02, foi deferida pelo Conselho diligência sugerida por aquela Conselheira à GEARC, no propósito de informar se houve realmente os recolhimento através DAEs, da filial de Ilhéus da empresa autuado, referente a março de 1993 e do período de janeiro de 1990 a novembro de 1992. Também, foi solicitado na diligência que fosse indicado quais os valores comprovadamente pagos pela filial supracitada, referentes a Substituição Tributária entre janeiro de 1990 e dezembro de 1991. A GEARC solicitou e, o Conselho através da sua Secretaria encaminhou a INFRAZ – Ilhéus, pedido no sentido de anexar ao processo os DAEs solicitados, a INFRAZ – Ilhéus intimou o contribuinte, que por seu turno apresentou os DAEs de março/93, anexados às fls. 1601 e 1602 e informou a impossibilidade de apresentar os DAEs referente ao período de janeiro de 1990 a novembro de 1992, pois, os mesmos foram incinerados (destruídos), por não estarem sujeitos à qualquer tipo de fiscalização, consoante determinação legal. A GEARC confirmou à fl. 1615 verso, que os recolhimentos através dos DAEs de fls. 1601 e 1602 foram confirmados pelo Sistema de Arrecadação, anexando à fl. 1616 o extrato.

A PROFAZ forneceu Parecer conclusivo à fl. 1619, no seguinte teor:

“Nosso opinativo neste momento é no sentido de reconhecer os documentos acostados, porém, em relação ao período que a empresa não apresenta os referidos documentos, manter a exigência fiscal, pois o argumento de decadência do direito de constituir o crédito tributário não socorre a empresa, pois o referido Auto de Infração foi lavrado no ano de 1995, que pela lei estadual do ICMS, o qual está conforme art. 173 do CTN, pode abranger todo o exercício de 1990”.

VOTO

Dado a análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei primeiramente que o Estado da Bahia por ser sucumbente impetrou Recurso de Ofício visando

reverter o decisório do Acórdão recorrido. Verifiquei após, acurado exame, que cabe alteração quanto ao julgado. Porque, à fl. 1386, o diligente declara de maneira inofismável que o DAE no valor de CR\$83.901.970,55 de março de 1993, referente ao pagamento da Substituição Tributária da filial de Ilhéus/BA, do recorrente, não foi encontrado no SIDAT. Entretanto, o diligente à fl. 1391, fez a exclusão do valor supracitado quando da confecção do Demonstrativo de Pagamentos Efetuados por Filiais, sendo acompanhado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, quando exarou o Acórdão recorrido. Assim, entendo que o valor questionado deve ser reclamado. Por isso, o Recurso de Ofício deve ser Parcialmente Provido.

No tocante ao Recurso Voluntário impetrado pelo contribuinte contra o Acórdão 4ª JJF nº 0385/01, observo que o Parecer PROFAZ nº 484/01, apenso à fl. 1586, deve ser considerado face aos fundamentos jurídicos ali espostos. Quanto à pretensa prova fática apresentada às fls. 1601 e 1602, acrescento que o DAE referente a março/93, no valor de Cr\$ 926.353.914,00, de fl. 1601, consta do resultado da diligência efetuada pelo Auditor Fiscal Osmani Prates Silveira Júnior, conforme consta no Demonstrativo de Pagamento Efetuados por Filiais de fl. 1391 e foi considerado pelo julgamento recorrido que não o incluiu na discriminação de valores que fez parte do voto. Quanto ao documento de fl. 1602, DAE no valor de Cr\$ 64.473.631,45, nada dirimiu, por não fazer parte da acusação do Auto de Infração em tela.

Peço *vénia* à Douta PROFAZ por discordar da parte do seu Parecer conclusivo de fl. 1619, quando diz: “no sentido de reconhecer os documentos acostados”. Porém, ratifico a parte final do mesmo Parecer, quando afirma que: “em relação ao período que a empresa não apresentou os documentos, manter a exigência fiscal, pois o argumento de decadência do direito de constituir o crédito tributário não socorre a empresa, pois o referido Auto de Infração foi lavrado no ano de 1995, que pela lei estadual do ICMS, o qual está conforme art. 173, do CTN, pode abranger todo o exercício de 1990”.

Diante do exposto, concedo o meu voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentados para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03009480/95, lavrado contra **BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$328.078,87**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, III, “b”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ